

**RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS
CASOS DE SEPARACION
PERSONAL Y DIVORCIO
VINCULAR**

Carlos María Corbo

RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CASOS DE SEPARACION PERSONAL Y DIVORCIO VINCULAR

Sumario: I.-Concepto y elementos que la integran. II.-Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil. III.- Declaración de culpabilidad de los cónyuges. Acción de resarcimiento. IV.- Daños morales derivados del divorcio. V.- Caracteres comunes a las causales de separación personal y divorcio vincular. VI.- Causales imputables a ambos cónyuges. VII.- Adulterio. VIII.- Tentativa contra la vida del otro cónyuge o de los hijos. IX- Instigación al delito. X.- Injurias graves.- XI.- Abandono voluntario y malicioso. XII.- Daños y perjuicios derivados de la separación de hecho. XIII.- Obligación de resarcir en el caso de culpabilidad de ambos cónyuges. XIV.-Conclusiones.

I.- Concepto y elementos que la integran:

La responsabilidad civil es la columna vertebral, la base estructural, y como tal, está inserta en todo el vasto campo del derecho, aunque ella se manifiesta y evidencia cuando un sujeto infiere una lesión jurídica a otro, violando la conducta reglada por las normas pertinentes.

Para alguna doctrina, hay responsabilidad civil cuando un sujeto actuando antijurídicamente ocasiona un daño a otro, y en función a la atribución que de tal resultado hace la norma al autor, nace la obligación de reparar el daño causado.¹

Los elementos integrativos de la responsabilidad civil, son:

- a) La acción humana antijurídica.
- b) Imputabilidad del acto al sujeto.
- c) Culpa u otro factor de atribución.

¹ BREBBIA, Roberto H. "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, pág. 10

d) Daño

e) Relación de causalidad entre el hecho y el daño.

La acción humana de ser una acción ilícita, es decir contraria al ordenamiento jurídico visto en su totalidad para que genere responsabilidad civil ya que sin antijuricidad de la acción, falta el elemento desencadenante.

Según algunos autores, la antijuricidad se configura cuando los hechos constitutivos de las causales de divorcio son acciones que en algunos casos constituirán violaciones de una norma expresa de la ley, tal el caso del adulterio, y en otros, se tratará del ejercicio abusivo de un derecho emergente del matrimonio, como ocurre en algunas hipótesis de injurias graves.²

El segundo elemento es el de la imputabilidad, elemento eminentemente subjetivo que consiste en la atribución de la acción ilícita al sujeto activo, es decir al autor del hecho, la que una vez probada, hace nacer la obligación de reparar el daño causado, por la vía emergente de una relación de responsabilidad civil..

En suma, la acción humana debe ser ilícita, atribuida al sujeto activo y probada, pero además debe existir culpa por parte del agente para que nazca la obligación del resarcimiento.

La culpabilidad implica que la acción es merecedora de un juicio de reprochabilidad por haber sido realizada con la intención de causar un daño en el caso de dolo o porque se ha actuado sin la diligencia debida, es decir con negligencia o impericia, en la culpa.

Para la doctrina jurídica predominante, los daños que produce el divorcio a los esposos no son debidos al divorcio en sí mismo, sino precisamente a los hechos ilícitos que sirven de fundamento a la declaración de culpabilidad de alguno de ellos.

² BARBERO, Omar U. "Daños y Perjuicios derivados del divorcio", pág. 225

El divorcio en sí mismo no es un hecho ilícito; no hace nacer por sí solo la obligación de resarcir daños; son los hechos ilícitos en que se funda el divorcio, los que pueden generar la obligación de resarcir como consecuencia de la responsabilidad civil que de ellos surja.

Sin embargo, otra corriente doctrinaria, sostiene que deben repararse ambas clases de daños, pues si bien en algunos casos el perjuicio deriva directamente del hecho o hechos que dan lugar al divorcio, en otros será de mayor entidad el engendrado por el divorcio en sí, agregando que la circunstancia de que en tales casos el hecho dañoso sea causa indirecta del perjuicio, no excluye la obligación de reparar.

Un destacado autor, López del Carril, argumenta que conviene aclarar que no se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho; sostiene que son consecuencias distintas de un mismo hecho, con reparaciones distintas e independientes de acuerdo a la calidad, desenvolvimiento, profundidad y proyección de sus consecuencias.³

Señala además, que tanto la acción por los daños derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio como la referida a los daños derivados del divorcio en sí, son de derecho común, pero encuentran sus fundamentos en la proyección derivada de los hechos del derecho de familia, por lo que ambas acciones podrían acumularse. Según esta postura, es necesario dejar aclarado que una acción resarcitoria cubriría los daños materiales y morales que los hechos constitutivos de causales declaradas en la sentencia de divorcio han inflingido por sí mismos al cónyuge inocente como consecuencias inmediatas, y la otra acción resarcitoria cubriría los daños materiales y morales

³ LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. "El derecho de familia en la problemática contemporánea", Bs. As., Cooperadora de Derecho, 1968.

que la actitud del cónyuge culpable del divorcio ha producido al inocente en la proyección de su vida futura, es decir, como consecuencias mediatas.

La relación de causalidad, de la que pasamos a ocuparnos ahora, implica determinar la vinculación que existe entre un acto y sus consecuencias.

En lo que hace a nuestro tema, corresponde, corresponde investigar si existe una relación de causalidad entre el hecho generador del divorcio y el daño; si así fuere, esa vinculación debe probarse, para que genere la obligación del resarcimiento.

Por ejemplo, si en un divorcio por adulterio del marido se prueba esa causal y resulta culpable, y la cónyuge inocente cae presa de una depresión que obliga a su internación y tratamiento originándose así ingentes gastos, debe probarse que la enfermedad encontró sus causas en el hecho generador del divorcio para exigir la reparación, es decir determinarse la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

II.- Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil:

Es procedente hablar de responsabilidad por los daños derivados de las causales de divorcio, sólo en los casos de divorcio vincular o de separación personal de trámite contencioso, ya que en la hipótesis de presentación conjunta no hay atribución de culpabilidad.

En materia de responsabilidad por los daños derivados de las causales de divorcio, cabe preguntarse cual es su naturaleza jurídica. La respuesta no puede ser otra que la que dice que ella es de naturaleza extracontractual; no es posible hablar de responsabilidad contractual ya que en nuestro derecho el matrimonio no es un contrato y al producirse su ruptura, no por ello se está ante un incumplimiento contractual.

El art. 1137 de nuestro Código prescribe que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

Es evidente que el matrimonio no se enmarca en la definición legal ya que no existe esa declaración de voluntad común a que se refiere el Código.

Lo que sí existe entre los contrayentes es un acuerdo de voluntades pero el mismo no tiene por objeto reglar sus derechos, sino someterse a un estatuto legal forzoso.

Para que la responsabilidad civil sea de carácter contractual es imprescindible que entre la víctima que sufrió el daño y el responsable de haberlo provocado exista un contrato, lo que no ocurre en el caso del matrimonio.

Frente a la ausencia de normas expresas que regulen la obligación de resarcir a cargo del cónyuge culpable, son de aplicación los principios generales de la responsabilidad civil conforme lo normado en los arts. 1109, 1077 y 1078 y concordantes del Código Civil.

Por las razones resumidamente expresadas es indiscutible que la responsabilidad derivada de las causales de divorcio vincular o de separación personal, es de naturaleza extracontractual.

III.- Declaración de culpabilidad de los cónyuges. Acción de resarcimiento:

En materia de daños y perjuicios derivados del divorcio, existe una corriente doctrinaria que defiende la tesis de que los mismos no deben ser indemnizados por tratarse de pago de indemnizaciones entre cónyuges y que por tal razón ello contraría principios éticos superiores.

Tal postura se encuentra en franca minoría tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y se cuentan entre sus defensores a autores como Llambías, Borda, Cifuentes y otros; la doctrina mayoritaria representada por Rébora, Colombo, Salas, Barbero, Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe, entre otros, se

alineada en la solución contraria que entiende procedente la acción de daños y perjuicios contra el cónyuge culpable, derivados del divorcio.⁴

Declarada la culpabilidad de uno de los cónyuges en el juicio de divorcio, puede promoverse la acción de reparación.

Según Barbero, esa acción de indemnización puede ejercerse simultáneamente con la de divorcio, o después de dictada la sentencia.

Va de suyo que iniciada la acción de reparación conjuntamente con la de divorcio, debe esperarse la declaración de culpabilidad en esta última, para obtener la condena en la primera.

Si el cónyuge inocente, si no ha iniciado la acción de reparación, puede hacerlo mientras no se haya operado la prescripción que es del término de dos años según el art. 4037 del Código, plazo que, en nuestra opinión, debe computarse desde la sentencia firme de separación personal o de divorcio vincular que declara la culpabilidad, de uno de los cónyuges.

Es sabido que la acción de daños y perjuicios es procedente solo en juicio contencioso en que se haya declarado la culpabilidad de uno de los cónyuges. Su improcedencia en el juicio por presentación conjunta, es obvia.

IV.- Daños morales derivados del divorcio:

El art. 202 del Código Civil enumera las causas de separación personal, que son las siguientes:

1. El adulterio.
2. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador.
3. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos.

⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Bs. As. pág. 225

4. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse.

5. El abandono voluntario y malicioso.

Todos los hechos enumerados son ilícitos civiles que al afectar el patrimonio moral del cónyuge inocente, ponen en cabeza del culpable la obligación de resarcir el daño inflingido al inocente.

El deber de indemnizar resulta del solo hecho de la violación en que se incurre por el incumplimiento de los deberes legales del matrimonio, no siendo necesario probar que tal vulneración ha producido daños íntimos en la persona, como ser pena, dolor, disgusto, etc.

El alcance de la intensidad del daño moral deberá ser apreciado y evaluado por el juez en cada caso, conforme a las circunstancias que lo rodean y que el magistrado valorará para fijar el quantum indemnizatorio.

Así el Tribunal fijará con distinto criterio la indemnización en el caso de un adulterio público y notorio que coloca al cónyuge inocente en una posición social casi humillante, que el de injurias inferidas sin mayor trascendencia pública.

Desde el año 1987 en que se instaló el divorcio vincular en nuestro país, el agravio moral es determinado y cuantificado con menor severidad que lo que ocurría con anterioridad a esa fecha, debido a que se considera que hoy, por ejemplo, el cónyuge que ha sufrido un agravio moral puede rehacer su vida, volver a casarse y mitigar de esa manera el dolor y la pena que le ha causado el daño que lo llevó a la disolución de su matrimonio, con anterioridad, en cambio, el cónyuge inocente de la separación personal, no podía volver a casarse y por ende rehacer su vida en alguna medida; su situación era más penosa, y ello motivaba que los jueces juzgaran con mayor severidad el daño inflingido fijaran con mayor amplitud el monto indemnizatorio.

V.- Caracteres comunes a las causales de separación personal y divorcio vincular:

Las causales enumeradas en el art. 202 del Código Civil constituyen conductas antijurídicas violatorias de los deberes-derechos personales a que estaban obligados los cónyuges en el matrimonio.

Esa antijuricidad objetiva debe ser imputable al cónyuge culpable. Juega entonces el factor de atribución subjetivo que determina la culpabilidad la que puede derivar de conductas dolosas donde el elemento intencional juega un papel fundamental en la transgresión de algunos de los derechos-deberes del matrimonio. En la mayoría de los casos el dolo es el elemento predominante.

Dice Barbero que excepcionalmente esas violaciones o transgresiones podrían constituir actos meramente culposos, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge al otro, las que, aunque carecieran de animus iniuriandi, puedan importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor.⁵

Los caracteres o requisitos comunes de los hechos que pueden ser causa de la separación culpable, son los siguientes:

a) Gravedad:

Los hechos que hagan imposible la vida en común deben ser de una gravedad tal que sean imposibles de sobrellevar con dignidad. Deben exceder el margen razonable de la tolerancia humana.

Son hechos que deben tener entidad para justificar una solución de tanta trascendencia en la vida matrimonial.

b) Imputabilidad:

⁵ BARBERO, Omar ob. Cit. pág. 229

La imputabilidad implica atribuir una actitud culpable o dolosa al cónyuge que ha incurrido en graves violaciones de los deberes matrimoniales.

Debe tratarse de actos realizados con plena conciencia y responsabilidad. Si por ejemplo, los actos fueron realizados en estado de enajenación mental o de inconciencia equiparable, el otro cónyuge no podrá invocarlos para demandar la separación culpable.

Otro tanto sucede si los actos fueren realizados bajo el acoso de una coacción irresistible por estar viciada la voluntad.

Distinto es la solución si los hechos que se le imputan al acusado tales como embriaguez alcohólica o intoxicación con estupefacientes fueron realizados voluntariamente.

c) Invocabilidad:

Esta causal significa que el único que puede invocar los hechos que dan lugar a la separación culpable es el cónyuge agraviado y nunca el que los cometió.

d) Posterioridad al matrimonio:

Los hechos que se pueden invocar como causales de separación culpable deben ser siempre posteriores a la celebración del matrimonio. Sin embargo merece aclararse que en determinadas circunstancias los hechos anteriores pueden tenerse en cuenta como antecedentes; también puede tratarse de actos que se han tenido ocultos y que recién son revelados después del matrimonio y que pueden significar una afrenta para el cónyuge.

VI.- Causales imputables a ambos cónyuges:

Es muy frecuente en la práctica que entablada la demanda de divorcio por uno de los cónyuges imputando determinadas causales al otro, éste niegue los cargos y a la vez reconvenga por causas que atribuye al cónyuge actor.

Es el caso de que ambos hayan cometido hechos que configuren causales de separación; por ejemplo uno de los esposos le imputa injurias graves al otro, y éste a su vez después de negar los hechos acusa y reconviene por abandono voluntario y malicioso del hogar.

Puede suceder que ambas partes prueben los hechos que imputan al otro.

En tal caso juega el principio de la incompensabilidad de las causales de divorcio ya que sus culpas no se compensan en el caso de que ambos cónyuges hayan incurrido en hechos que configuran causales de separación; lo que corresponde es decretar la misma por culpa de ambos.

La culpa de uno de los cónyuges no autoriza al otro a compensar la suya propia.

Así lo ha establecido la jurisprudencia que en el sentido de la incompensabilidad de los hechos es pacífica, manifestando al respecto que las injurias recíprocas de los cónyuges, en principio, no se compensan ni los autoriza a apartarse de sus deberes matrimoniales.⁶

Según otro fallo, en nuestro sistema legal no existe graduación ni compensación de culpas, por lo que la inconducta de uno de los consortes no autoriza ni justifica la del otro.

En el mismo sentido, la jurisprudencia se ha expresado diciendo que las injurias inferidas por un esposo contra el otro, no pueden compensarse con las recibidas por él, por lo que el proceder injurioso de uno de los cónyuges no justifica la actitud similar del otro, ni atenúa su culpa.

⁶ LA LEY, Tomo 142 26.431-S pág. 629

En determinadas circunstancias, ante la actitud de uno de los cónyuges, la conducta del otro puede ser objeto de justificación; así por ejemplo, y está reconocido por la jurisprudencia, el abandono del hogar no es considerado voluntario y malicioso si el cónyuge que ha incurrido en él, tiene motivos valederos para hacerlo.

Es decir, que la jurisprudencia ha juzgado la conducta de un cónyuge conforme a la del otro, dejando a salvo el principio de la incompensabilidad de las culpas.

VII.- Adulterio:

Es la primera causa de separación personal que enumera el art. 202 del Código Civil.

El adulterio es la unión sexual de uno de los cónyuges con una persona del otro sexo fuera del matrimonio.

Se traduce en la violación del deber de fidelidad consagrado en el art. 198 del Código Civil, aunque para la mayoría de los autores esta figura no se compadece con toda violación del deber de fidelidad y prefieren reservar la denominación de adulterio solamente para la unión sexual, sin perjuicio de que las otras infidelidades queden atrapadas por la causal de injurias graves.

Por ello, las conductas equívocas incompatibles con la condición de persona casada, las relaciones homosexuales y otras faltas que afectan la intangibilidad sexual, tipifican la causal de injurias graves y no constituyen adulterio.

La exclusividad en la unión sexual hace a la esencia de la vida matrimonial y el respeto de tan básico elemento para la vida conyugal ha sido

reconocido por las legislaciones, al par que entronca con normas mínimas de convivencia, respetadas en las culturas más evolucionadas.⁷

Para que el adulterio se configure se requiere además del hecho material, el elemento intencional, es decir la libre voluntad de violar el deber de fidelidad conyugal o sea la imputabilidad del cónyuge que determina la atribución de culpabilidad

No hay adulterio si, por ejemplo, la esposa es violada, o en caso de demencia o cuando obrando de buena fe contrae matrimonio sin saber que lo hace con quien está casado en la creencia de que es soltero o viudo.

Es decir para que se tipifique la figura, el ofensor debe obra con discernimiento, intención y libertad.

Desde el punto de vista civil la igualdad de los cónyuges con respecto al adulterio como casual de divorcio vincular o separación personal ha sido consagrado en casi todos los países del mundo y esta doctrina aprobada como solución en nuestro país, ha sido considerada inaceptable exclusivamente por Machado.

Ya hemos dicho que el adulterio queda configurado por el acto sexual fuera del matrimonio sea una sola vez o en forma repetida ya que en cualquiera de esos casos se viola el deber de fidelidad.

La prueba está constituida, naturalmente, por las relaciones sexuales ilegítimas siendo de muy difícil producción la prueba directa. Por ello, ante tamaña dificultad, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se acepta la prueba indiciaria resultante de presunciones que, eso sí, deben ser graves, precisas y concordantes de modo de dejar en el juzgador la convicción de que el adulterio se produjo. En caso de que las mismas no tuvieran la fuerza para

⁷ DANTONIO, Daniel Hugo, Régimen Legal del Matrimonio Civil, Ed. 1987, pág. 158.

producir en el Tribunal tal convicción, las mismas podrán ser útiles para configurar la causal de injurias graves, según el caso.

La jurisprudencia ha sostenido que existen presunciones graves, precisas y concordantes del adulterio respecto de la mujer, en casos en que por ejemplo ésta concurría a lugares a diversión nocturnos acompañada de hombres con quienes previamente trababa fácil relación; también se ha determinado como configurada la causal de adulterio por parte del marido, en un caso en que el mismo se reunía en un departamento con una mujer durante largas horas de la noche y al ser sorprendidos, la cama se encontraba en desorden y ella en ropas íntimas; otro caso en que las presunciones tuvieron la suficiente fuerza de convicción, es el que según la jurisprudencia, la cónyuge recibía visitas masculinas en su casa en horas nocturnas y en ausencia del marido.

En materia de pruebas directas la jurisprudencia registra el caso de la prueba de adulterio de uno de los cónyuges, presentando por parte del otro en el juicio de divorcio la partida de un matrimonio posterior configurándose el supuesto de bigamia. Otra prueba directa señalada por la jurisprudencia es la de la presentación de la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial en la que aparece uno de los cónyuges reconociendo ese hijo como propio.

Después de citar casos de conductas que pueden calificarse de injuriosas aunque a través de ellas no se configura el adulterio tales como el caso de la mujer que regresa habitualmente tarde a su hogar habiendo sido vista con un hombre, o el caso de la mujer que recibe a un hombre por la puerta de servicio del hogar conyugal, en ausencia del marido, etc. Zannoni sostiene que en este tema deben conjugarse los conceptos de infidelidad material- el adulterio- e infidelidad moral. Esta última no requiere la comisión material del adulterio, a través de la prueba de las relaciones sexuales ilegítimas y puede juzgarse acreditada con la prueba de todos aquellos hechos incompatibles con la

observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo con las circunstancias del caso.⁸

Según un sector de la doctrina existe una estrecha relación entre el adulterio y las injurias graves, ya que en ambos casos se infiere una ofensa grave al otro cónyuge, pero las dificultades probatorias en materia de adulterio son enormes; por ello se ha considerado las injurias graves como subsidiarias o causal remanente del adulterio, sosteniéndose que en aquellos casos en que se haya accionado por adulterio y las pruebas no hubieran tenido la entidad necesaria, si quedaban probadas injurias graves, el Tribunal debía acceder al divorcio por dicha causal.

En esta posición doctrinaria y receptada por un sector de la jurisprudencia se encuentra Spota quien afirma que todo juicio de divorcio se observa con mayor claridad que en otros, la estrecha relación que existe entre el petitum y la causa petendi, ya que lo pretendido es el divorcio y lo que interesa a la justicia es que exista una causa legal para que el mismo se decrete.

Otros autores que defienden la tesis de que si bien el juicio de divorcio está impregnado de peculiaridades propias, no debe apartarse de principios procesales de carácter general y por ello afirman que si las partes fundan su derecho en base a una sustentación fáctica, y en torno a ella se trabó la litis, no puede la decisión judicial variar la base de los hechos y remitirse a otra causal no considerada por el actor.

Así el Superior Tribunal de Santa Fe ha resuelto que teniendo el adulterio su causal limitativa y taxativa, no cabe englobarlo entre los medios posibles de injurias.

⁸ ZANNONI, Eduardo A., Derecho de Familia, pág. 80/81, 2da. Ed., Bs. As., Astrea, 1990.

En distinta posición, se señala el voto del Dr. Acuña Anzorena como integrante de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, quien sostuvo que en el juicio de divorcio el Tribunal puede conocer de todas las causales que resulten acreditadas en el pleito, aunque no se hubiesen incluido en la demanda, criterio éste que no compartimos.

VIII.-Tentativa contra la vida del otro cónyuge o de los hijos:

Esta causal de separación personal es la prevista en el inciso 2º del art. 202 del Código Civil que reza “la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador.

Según Sebastián Soler al hacerse referencia al delito se entiende hablar del hecho que reúne todas las condiciones exigidas por la figura. En tal caso se trata de un delito consumado.

Pero, continúa el eminente penalista, en la vía de realización de un delito (iter criminis), la acción puede detenerse sin que se haya consumado el fin propuesto y según sea el grado de desarrollo alcanzado por la acción, se habla de tentativa. Conforme con la ley, el hecho es punible no solamente en su consumación, sino también en el grado de tentativa.

Hay tentativa cuando la acción alcanza cierto grado de desarrollo; en el iter criminis hay varias etapas, algunas de las cuales escapan a la punición. De ahí la importancia de fijar el límite separativo entre la acción impune y la punible.⁹

⁹ SOLER, Sebastian “Derecho Penal Argentino”, Tomo II –Ed. 1963, pág. 209

El Código Penal describe la tentativa en su art. 42 disponiendo que “el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad”.

En el concepto de tentativa no están comprendidos los actos preparatorios los cuales no son punibles. Se pena el comienzo de ejecución.

La terminología utilizada para tipificar la causal del inciso 2º del art. 202 del Código Civil se caracteriza por su precisión y se incluye en la figura a los hijos como sujetos pasivos en una innovación introducida por la ley 23.515 que indiscutiblemente constituye un acierto.

La norma que comentamos recurre al empleo de vocablos propios del ámbito penal y según la doctrina mayoritaria corresponde conceder a los términos usados la misma acepción en la esfera civil conforme a la opinión representada por Spota, Zannoni, Acuña Anzorena, D'Antonio y otros.

En cambio, autores como Borda y Busso opinan contrariamente entendiendo que hechos que no son tentativas en derecho penal, pueden considerarse incluidos en el inciso que comentamos, tales como los hechos preparatorios del delito si es que tales hechos ponen de relieve la intención real de atentar contra la vida del cónyuge.

Coincidimos con la doctrina mayoritaria que adjudica al vocablo “tentativa” el mismo sentido del que se emplea en la dogmática penal por así corresponder jurídica y gramaticalmente.

Lo dicho no significa quitarle al juez civil capacidad para apreciar libremente si los hechos denunciados configuran o no tentativa de homicidio, y como dice Belluscio, sin que quepa exigir el previo juzgamiento penal, pues lo contrario implicaría introducir una cuestión prejudicial extraña a la ley.

Tampoco, cabe repetir, se comprende los simples actos preparatorios por ser insuficientes para mostrar su vinculación con el delito, tales como las amenazas de muerte, la instigación al suicidio, el abandono con peligro de muerte, los casos en que por las circunstancias de hecho o arma utilizada, no surge la intención de matar, sino de herir, según así ha sido resuelto en algunos fallos y es la opinión que prevalece e un sector importante de la doctrina.

Se incurre en la causal de divorcio cuando el móvil de la acción del cónyuge tiende al resultado final que es la muerte del otro cónyuge. Está presente la intención dolosa de matar. Esta causal no se configura entonces, si se trata de un delito culposo.

La reforma ha incluido el atentado contra la vida de los hijos, comunes o de uno solo de los cónyuges y además del autor o cómplice, tiene en cuenta al instigador.

Es criticable, según sostienen algunos autores, que la ley prevea solo la tentativa contra la vida de los hijos, y no el homicidio de éstos siendo que la gravedad del hecho constituiría con mayor razón causa de separación personal.

Según destacada opinión no puede dejar de reconocerse que es difícil establecer hasta dónde una o varias inconductas matrimoniales dejan de constituir un ataque a la formación personal de los hijos y, consiguientemente, la vulneración de los deberes paternos y afirmado la posibilidad de que los hijos acciones por daños y perjuicios contra el progenitor culpable del divorcio, todo lo cual importa destacar la vinculación existente entre la violación de los deberes conyugales y el ataque a la formación integral de los hijos, que como integrantes de la familia ven comprometido su pleno desarrollo con motivo de tales incumplimientos.¹⁰

¹⁰ D'ANTONIO, Daniel Huguo, Patria Potestad, Ed. 1979 pág. 89.

En concordancia con la afirmación transcrita se ha sostenido que la reforma introducida en el punto que nos ocupa, da pie para accionar contra el progenitor culpable de divorcio ya que las prerrogativas y obligaciones matrimoniales no han sido establecidas solo en consideración a la persona de los cónyuges sino también en el interés de los propios hijos, como lo afirma la Dra. Mendez Costa y otras autoridades en la materia.

IX.- Instigación al delito:

Según el art. 202 del Código Civil la 3era causal de separación personal es la instigación por parte de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos.

Instigador es quien determina directamente al autor principal a cometer un delito (art. 45 del Código Penal).

Desde el punto de vista penal, para la punibilidad del instigador se requiere que el instigado ejecute el hecho o comience su ejecución; civilmente, en cambio, basta la mera incitación que es un acto injurioso y ofensivo.

La ley anterior usaba el término provocación que no es un concepto penal. La actual ley utiliza el vocablo instigación lo que le otorga a la causal calidad autónoma por lo que actualmente no queda comprendido en la de injurias graves como ocurría con el texto anterior.

La instigación se puede cometer de distintas maneras, es decir mediante amenazas, promesas, órdenes, coacción, dádivas, etc.

En esta causal no hay cuestión prejudicial ya que es innecesario el juzgamiento penal de la instigación para que el hecho pueda ser invocado en sede civil.

Además la expresión delitos que utiliza la ley sin distinciones no se refiere exclusivamente a los previstos en el Código penal.

X.- Injurias graves:

La cuarta causal de separación personal o divorcio prevista en el art. 202 del Código Civil es la de injurias graves.

El concepto de injurias graves ha evolucionado con el avance del tiempo y ha ido ampliando su alcance hasta que por la gran variedad de hechos que comprende, ha llegado a convertirse en la principal causa de separación culpable y la que con más frecuencia invocan los cónyuges y también la que con más asiduidad aplican los tribunales.

Es común que los jueces echen mano de ella para decretar la separación o el divorcio en casos en que más que actitudes injuriosas, se advierte incompatibilidad de caracteres u otros motivos o causas.

Injuria significa ofensa, menoscabo de un cónyuge por el otro. Pueden tener su origen en actitudes o conductas, palabras que agravianes para uno de los cónyuges y pueden provenir del otro esposo o de un tercero que las consienten. Es más, pueden referirse no solo a la persona de los cónyuges sino también a su familia, a sus hábitos, costumbres, etc.

Es una causal amplísima y por eso actúa como causal de residuo.

La jurisprudencia las ha definido en numerosos fallos diciendo que son toda especie de actos, intencionales o no, ejecutado de palabra, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el cónyuge, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades.¹¹

¹¹ CAMARA CIVIL 1ª Capital Federal “LL”,39-748

Nuestra ley exige que las injurias sean graves, agregando que para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse.

En suma, que la gravedad se juzgará en función de una serie de circunstancias en relación con las personas de los cónyuges, su ambiente familiar y también su contexto cultural, social, costumbres, hábitos, etc.

Los elementos que caracterizan a esta figura son la voluntariedad, la gravedad y la pluralidad.

Para algunos autores las injurias en materia matrimonial requieren el animus injuriandi, al igual que en materia penal.

Otro importante sector de la doctrina no acepta ese criterio sosteniendo que si por animus injuriandi se entiende el propósito deliberado de ofender la dignidad del cónyuge, no es aceptable. En cambio si solamente se exige que se tenga conciencia de que el acto es ultrajante para el honor del cónyuge, puede aceptarse.

No es indispensable que la injuria lleve consigo la intención de dañar, es decir actuar con dolo ya que la imputabilidad puede derivar del dolo o de la culpa, exigiéndose solo que el acto se realice con discernimiento y libertad.

Además las injurias deben ser lo suficientemente graves como para que den lugar a la separación o el divorcio.

Por su importancia deben hacer imposible al cónyuge ofendido continuar manteniendo la convivencia, apreciación que corresponde al Tribunal.

El tercer elemento es el de la pluralidad. La ley emplea la forma plural cuando habla de injurias graves, pero debe aclararse que basta un solo hecho grave para justificar la separación o el divorcio.

A su vez un solo hecho leve no sería suficiente por la falta de gravedad, pero en ocasiones, la reiteración puede llegar a tornarlas de leves en graves y hacer imposible la vida en común, circunstancias que también deberá apreciar el juzgador.

Las injurias pueden ser directas o indirectas, positivas o negativas, verbales, escritas o de hecho.

Las primeras son aquellas en que uno de los cónyuges es el injuriante y el otro el injuriado.

Las indirectas son las realizadas por terceros contra uno de los cónyuges, mientras el otro asume una posición totalmente pasiva.

Positivas resultan de actitudes injuriantes. Las negativas en cambio, son consecuencia de la inacción o la abstención como menosprecio hiriente para el cónyuge y que se traduce en violación de los deberes conyugales.

Pretender hacer una enumeración exhaustiva de todos los hechos que configuran injurias graves, resulta imposible por la cantidad de situaciones nuevas y variadas que se presentan en la vida real.

XI.- Abandono voluntario y malicioso:

Esta causal debe enfocarse a la luz de una interpretación sistemática de los que disponen los arts. 202 en su inciso 5º y 199 del Código Civil. En efecto, el primero de esos dispositivos enumera en su último inciso el abandono voluntario y malicioso como una de las causales de separación personal y según doctrina y jurisprudencia uniformes, también de divorcio vincular.

A su vez el art.199 dispone que los esposos deben convivir en una misma casa, salvo que por circunstancias excepcionales deban mantener transitoriamente residencias separadas, agregando que podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la

vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos.

Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.

De las normas transcriptas se infiere que la ley impone el deber conyugal de cohabitación y que el mismo implica la obligación de convivencia y la prestación del débito conyugal.

Hay circunstancias en que la interrupción de la convivencia matrimonial puede obedecer a motivos o razones ajenas a la voluntad de los cónyuges, como cuando la causal de separación es política, por tratarse de un demente aunque no haya sido declarado tal, etc. Pero como dice Belluscio, el simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación, no basta para constituir abandono como causal de divorcio.

En el caso en que el cónyuge dejare el hogar conyugal para promover juicio de divorcio no se configuraría el abandono voluntario y malicioso, pero si a posteriori no acredita las causales invocadas, al carecer de justificación, el abandono reúne tales características, es decir voluntariedad y maliciosidad.

Se ha resuelto también que si la separación de hecho de los cónyuges se realiza de común acuerdo no hay abandono voluntario y malicioso, solución que se ajusta a la lógica; pero si posteriormente, el abandonante no cumple con sus deberes de asistencia familiar, lo que corresponde es decretar el divorcio por esa causal.

Puede afirmarse en principio que la aceptación de la separación de hecho por parte del cónyuge abandonado despoja de malicia al abandono del hogar conyugal realizado por el otro cónyuge.

Así también se ha resuelto que el alejamiento del hogar por parte de la mujer motivado en muy graves razones económicas que afectaban al matrimonio, no configura abandono voluntario y malicioso; el mismo criterio han seguido los Tribunales si el esposo invocó y probó como causal una delicada enfermedad nerviosa padecida por el cónyuge, según se acreditó con la prescripción médica pertinente.

La ley requiere, como ya hemos dicho, que el abandono sea voluntario y además malicioso. Citando a Zannoni, diremos que “es una auténtica abdicación, dejación o desatención imputable, de cualquier deber conyugal que los esposos están obligados a cumplir, se trata de una conducta omisiva que deja insatisfecho el fin que tiene en vista la consagración del deber conyugal al incumplirse el deber de asistencia familiar”.

Se está en presencia de una conducta antijurídica imputable a uno de los cónyuges por haber violado los deberes-derechos personales que el matrimonio impone a los mismos.

Para un sector de la doctrina es la supresión de la vida en común, consecuencia del alejamiento de uno de los cónyuges, o la expulsión del otro del hogar o la prohibición de la entrada al domicilio conyugal.

Será voluntario cuando no exista causal alguna de justificación como las arriba enunciadas, y no jueguen circunstancias extrañas a la voluntad de los cónyuges. Además, el abandono deberá ser malicioso, es decir realizado con el deliberado propósito de sustraerse al cumplimiento de los deberes conyugales de cohabitación y de asistencia.

Según Borda, en el marido será particularmente importante que al alejarse haya dejado de contribuir a los gastos del hogar; pero el hecho de que continuara contribuyendo no basta para excluir su carácter malicioso, pues las

obligaciones maritales no se limitan al sostenimiento económico del hogar y el alejamiento supone violar, entre otros, el deber de cohabitación.¹²

Desde el punto de vista probatorio, al cónyuge actor le basta acreditar el alejamiento del hogar del demandado ya que es a éste último a quien compete la prueba de que el abandono, es decir la interrupción de la cohabitación, no fue ni voluntaria ni maliciosa. Se parte de la presunción “iuris tantum” de que el abandono es voluntario y malicioso por lo que, como decíamos, corresponde al demandado probar que tuvo causas legítimas y valederas para adoptar tan grave actitud.

La jurisprudencia respecto de este tema ha dicho que la causal de abandono voluntario y malicioso prevista en el inciso 5° del artículo 202 del Código Civil se configura con el alejamiento de uno de los cónyuges del hogar común, por motivos que le son exclusivamente imputables y con la intención de sustraerse de las obligaciones emergentes del matrimonio, en particular las de cohabitación y asistencia.

Otra decisión judicial, entrando ya al aspecto probatorio del abandono ha sostenido que quien invoca el abandono del hogar conyugal debe acreditar el hecho material del alejamiento, mientras que el cónyuge que se retira debe probar que tuvo causas legítimas y valederas para adoptar esa actitud, pues de lo contrario debe reputarse el retiro del hogar con las características que la ley determina para configurar la causal prevista en el art. 202 inciso 5° del Código Civil.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, en fallo de 1999/05/11 resolvió que para que el abandono del hogar encuadre dentro de la causal prevista por el inciso 5° del artículo 202 del Código Civil, es necesario que no haya sido determinado por causas ajenas a la intención del que lo

¹² BORDA., Guillermo A. Manual de Derecho de Familia 9ª ED. 1984, pág. 229

comete. Y si la situación del matrimonio es realmente intolerable a raíz de continuas rencillas, agresiones recíprocas e interrupciones de la convivencia, el alejamiento de uno de los cónyuges está plenamente justificado, no siendo eficaz éste para configurar dicha causal.

Es oportuno hacer hincapié en un error en que se incurre con harta frecuencia cuando se sostiene que para dejar acreditado el alejamiento del hogar por parte del cónyuge abandonante con las características de voluntariedad y maliciosidad, es suficiente con formular la denuncia policial del abandono, o la intimación al reintegro del hogar en un plazo determinado por carta documento, telegrama, o cualquier otro medio fehaciente bajo apercibimiento de negarle alimentos.

Al respecto cabe dejar asentado que para doctrina y jurisprudencia uniformes, el solo requerimiento o intimación para que el cónyuge abandonante se reintegre al hogar bajo los apercibimientos expresados, resulta absolutamente insuficiente “per se”, ya que en tales circunstancias, el intimado se ve impedido de poner en conocimiento del Juez las circunstancias del caso y las causas de su conducta; impeditivas de reintegro, aparece cercenado su derecho de defensa al no poder alegar ni arrimar prueba alguna, por lo cual tal procedimiento resulta claramente violatorio de garantías constitucionales.

Para subsanar los vicios y defectos señalados en que jueces y tratadistas están contestes en la opinión de que la intimación debe formularse judicialmente como consecuencia de la petición ante el Tribunal, la que debe tramitar con traslado al otro cónyuge a los efectos de que este último tenga la oportunidad de hacer las alegaciones y acreditar los hechos que hagan a su defensa para superar el escollo constitucional arriba referido.

Procesalmente debe seguirse la vía incidental, no pudiendo tramitar inaudita parte. Al respecto, en un reciente fallo, ya que se dictó el 27 de junio

del año dos mil, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, resolvió que el solo requerimiento del actor al demandado para que se reintegre al hogar, no basta para probar el abandono voluntario y malicioso, manifestando que se debió hacer uso del mecanismo intimatorio por vía judicial, exponiendo al Juez las circunstancias del caso y el abandono o la negativa al reintegro, para que proceda a intimarlo bajo los apercibimientos de ley. Agrega el Tribunal que la petición judicial debe tramitar con un traslado al otro cónyuge a efectos de que pueda alegar y probar en su defensa, los hechos y circunstancias que hagan a su derecho. Según la Cámara este es un argumento autónomo para el rechazo del agravio.

Otro aspecto práctico que conviene tener presente es que quien intima al otro cónyuge a reanudar la convivencia matrimonial, debe, en su presentación judicial, acreditar por cualquier medio de prueba admisible, el último domicilio conyugal.

XII.- Daños y perjuicios derivados de la separación de hecho:

En el caso de separación de hecho no seguida de divorcio ninguno de los cónyuges puede accionar contra el otro en procura de una indemnización por los daños que la separación le hubiere podido producir, ni aún incluso probando la culpabilidad del otro cónyuge.

Reiteramos aquí que lo que no da derecho a accionar y exigir una reparación, es la separación en sí, por sí sola.

Distinto es el caso si después de la separación, uno de los cónyuges comete un hecho ilícito contra el otro. En tal supuesto el que ha sufrido el daño puede accionar contra el otro cónyuge exigiendo la reparación.¹³

¹³ BREBBIA, Roberto H. "Derecho de Familia", Libro homenaje a la profesora Dra. María Josefa Mendez Costa, pág. 370

En esta hipótesis, el cónyuge víctima del daño, puede exigir la reparación del daño producido por el ilícito, y solo por ello, ya que según el art. 1109 del Código todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio.

XIII.- Obligación de resarcir en el caso de culpabilidad de ambos cónyuges:

Nos ubicamos ahora en la hipótesis de ambos cónyuges sean declarados culpables. Es decir que hay culpa concurrente.

El problema radica en como debe efectuarse la distribución de responsabilidades en función de las cuales se fijarán los montos indemnizatorios.

Para Orgaz las culpas deben distribuirse en la medida en que cada actividad culposa ha concurrido a producir el daño; pero este autor reconoce las dificultades prácticas para medir las respectivas culpas.

La jurisprudencia mayoritaria se ha decidido por el criterio de distribuir las culpas en razón de la relativa gravedad de las distintas culpas, pero en caso de duda o de imposibilidad de adjudicar las culpas, los tribunales han resuelto que las mismas han concurrido en partes iguales.

Este último criterio es el que se aplica por parte de los jueces en materia de divorcio, cuando no surge con claridad la mayor responsabilidad de uno de los cónyuges.

XIV.-Conclusiones:

1.- La responsabilidad civil es la columna dorsal del derecho ya que la misma se pone de manifiesto cada vez que se opera el quebrantamiento de una norma jurídica como consecuencia de la cual nace la obligación de reparar los daños inferidos, en lo que respecta a este tema, al cónyuge inocente.

2.- La responsabilidad civil que puede surgir de las causales de separación personal o divorcio vincular es de naturaleza extracontractual exclusivamente y procede en los juicios de trámite contencioso.

3.- El pago de indemnizaciones en concepto de reparación de daños y perjuicios, derivados de la separación personal o del divorcio vincular es tema aceptado por la doctrina y jurisprudencia modernas.

4.- Los caracteres comunes a las causales de separación personal y divorcio vincular son: a) gravedad, b) imputabilidad, c) invocabilidad, d) posterioridad al matrimonio.

5.- En nuestro ordenamiento jurídico las causales imputables a ambos cónyuges son incompensables.

6.- La separación de hecho por sí sola y como tal no obliga a indemnizar; diferente es el caso si después de producida la separación, uno de los cónyuges comete un hecho ilícito contra el otro, caso en el cual deberá indemnizar por los daños y perjuicios derivados del ilícito civil.

7.- En el caso de culpas de ambos cónyuges, es decir concurrentes, la responsabilidad será recíproca pero la dificultad radica en encontrar un criterio justo y razonable de distribución de culpas. Frente a esa dificultad práctica la jurisprudencia ha optado, cuando no se pueden atribuir las mismas en función de las responsabilidades, hacerlo por partes iguales.